

Professor Dr. Johannes Kaspar\*

# Redundante Tatbestände

<https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0018>

## I. Materielle Entkriminalisierung und Verfassungsrecht

Es wird oft beklagt, aber ist deswegen ja nicht falsch: Wir haben uns viel zu sehr daran gewöhnt, dass bei echten und vermeintlichen gesellschaftlichen Problemlagen jeglicher Art sehr schnell der Ruf nach mehr Strafrecht laut wird. Die ultima ratio, von der auch in anderen Beiträgen die Rede war<sup>1</sup>, ist zur prima ratio geworden. Und in dieser kriminalpolitischen Großwetterlage erscheint dann schon der bloße Gedanke, strafrechtliche Verbote zurückzuschneiden oder gar ganz abzuschaffen, als abwegig, jedenfalls als „das falsche Signal“ und „politisch nicht durchsetzbar“. Ein interessantes Gegenbeispiel, auf das ich zurückkommen werde, ist die Debatte um § 103 StGB<sup>2</sup>, dessen Abschaffung im Rahmen der Affäre Böhmermann vs. Erdogan vergleichsweise schnell – um nicht zu sagen: verdächtig schnell – auf die politische Agenda kam und mittlerweile auch (mit Wirkung für das Jahr 2018) schon beschlossene Sache ist<sup>3</sup>.

Das ist aber eben die absolute Ausnahme. Wir leben im Übrigen im Zustand einer permanenten Strafrechts-Expansion<sup>4</sup>. Damit sollte man sich allerdings nicht einfach abfinden, zumal die Frage „Kriminalisierung oder Entkriminalisierung?“

---

1 S. v. a. den Beitrag von *Jahn* in dieser Ausgabe.

2 S. dazu nur *Mitsch*, KriPoz 2016, 101, abrufbar unter: <http://kripoz.de/wp-content/uploads/2016/08/kripoz-gesamtausgabe-2-2016.pdf> (Stand: 17. 2. 2017); *Heinze*, Legal Tribune Online vom 15. 4. 2016, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/103-stgb-boehmermannschah-paragraph-abschaffen-entkriminalisierung-schutzgut/> (Stand: 17. 2. 2017); *ders.*, GA 2016, 767; *Schelzke*, HRRS 5/2016, 248 ff., abrufbar unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/16-05/index.php?sz=9> (Stand: 17. 2. 2017). Generell zur Strafbarkeit des Schmähgedichts *Fahl*, NStZ 2016, 313; *Christoph*, JuS 2016, 603; *Kühne*, GA 2016, 435.

3 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/01/2017-01-25-abschaffung-paragraph-103-stgb.html> (Stand: 17. 2. 2017).

4 Statt vieler s. nur *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; *Weigend*, StV 2016, S. I (Editorial).

---

\***Kontaktperson:** **Johannes Kaspar**, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg.

nicht nur ein Problem der Kriminalpolitik ist. Das Thema hat auch eine nicht zu vernachlässigende verfassungsrechtliche Komponente<sup>5</sup>. Es ist zwar eine juristische Binsenweisheit, aber es schadet nichts, diesen Ausgangspunkt immer wieder zu betonen: Strafrechtliche Verbote und Sanktionen sind gravierende Grundrechtseingriffe. Aus der Perspektive der klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte sind sie offensichtlich legitimationsbedürftig. Der Staat muss also, vereinfacht gesagt, gute Gründe vorbringen, warum er ein bestimmtes Verhalten bei Strafandrohung verbietet und im Falle einer Zuwiderhandlung mit der konkreten Strafe in einer bestimmten Höhe darauf reagiert.

Das scheint mir im Ausgangspunkt unstrittig, und doch entzieht sich das materielle Strafrecht, wie es *Lagodny* formuliert hat, im Ergebnis dann in nahezu genialer Weise seinen verfassungsrechtlichen Bindungen<sup>6</sup>. Dass das in dieser Weise quasi naturgegeben aus Eigenheiten des Strafrechts, des Verfassungsrechts oder gar aus beidem folgt, kann man bezweifeln. Aber als deskriptive Aussage stimmt die Analyse von *Lagodny*, vor allem dann, wenn man sich die sehr großzügigen Maßstäbe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor Augen hält<sup>7</sup>. Bisher wurde kein materielles Strafgesetz wegen eines unverhältnismäßigen Freiheitseingriffs beanstandet<sup>8</sup>; auch die Entscheidung zum strafbaren Verstoß gegen das Rindfleisch-Etikettierungsgesetz<sup>9</sup> hat in dieser Hinsicht die teilweise formulierten Erwartungen nicht erfüllt<sup>10</sup>.

Die Gründe dieses Kontrolldefizits sind vielschichtig und können hier auch nicht annähernd diskutiert, sondern nur kurz angedeutet werden<sup>11</sup>. Ein Grund ist die hier so bezeichnete „Trennungsthese“, also die Annahme, dass man bei der Prüfung der Eingriffsqualität der Verhaltensnorm die Tatsache der Strafbewehrung vollständig auszublenden habe<sup>12</sup>. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil sich die Zwangswirkung einer zunächst nur auf dem Papier stehenden Verbots-

5 Zum Ganzen s. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; s. auch *Goeckenjahn*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 184 ff.

6 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 536.

7 S. dazu nur *Vogel*, StV 1996, 110; *Kaspar* (Anm. 5), S. 351 ff.; *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 187.

8 Immerhin in diese Richtung ging die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 17, 306) angenommene Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Verbots der ungenehmigten Mitnahme von über Mitfahrrzentralen vermittelten Personen in privaten Pkw, das auf die fehlende objektive Eignung zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks gestützt wurde; s. dazu *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 188.

9 BVerfG, Beschl. v. 21. 9. 2016, 2 BvL 1/15.

10 Vgl. nur *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 971; zur Blankettproblematik *Hoven*, NStZ 2016, 377.

11 S. vertiefend *Kaspar* (Anm. 5), S. 315 ff.

12 So insbesondere *Lagodny* (Anm. 6), S. 146, 163; s. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 490 ff., der die Verhaltensnorm als „strafrechtsneutral“ bezeichnet.

norm letztlich nur aus den angedrohten Konsequenzen einer Zuwiderhandlung ergeben kann<sup>13</sup>. Daher ist richtigerweise die strafbewehrte Verhaltensnorm mit ihrem erhöhten Zwangscharakter der Bezugspunkt der grundrechtlichen Prüfung.

Ein weiterer Aspekt, der gegen eine strengere verfassungsrechtliche Kontrolle von Strafgesetzen ins Feld geführt wird, ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Damit zusammenhängend hat *Gärditz* in letzter Zeit immer wieder auf das Demokratieprinzip hingewiesen, dessen Bedeutung von den Vertretern der Strafrechtswissenschaft bei der Suche nach Begrenzungskriterien vernachlässigt werde<sup>14</sup>. Allerdings kann man dabei meines Erachtens nicht stehen bleiben, wenn man die in Art. 1 Abs. 3 GG festgeschriebene Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte und damit auch an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Blick nimmt. Irgendwo muss die Grenze sein, und im eingriffsintensiven Bereich des Strafrechts, sollte man annehmen, müsste sie schneller überschritten sein als bei anderen, deutlich weniger eingriffsintensiven staatlichen Maßnahmen<sup>15</sup>.

*Jahn* hat in jüngerer Zeit mehrfach die Entwicklung eines spezifischen „Strafverfassungsrechts“ gefordert und dabei vorgeschlagen, den ultima-ratio-Gedanken in einem besonderen „Grundrecht auf Freiheit von Strafe“ als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verankern<sup>16</sup>. Das Ziel einer klareren Konturierung und damit Stärkung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Strafrechts verdient volle Zustimmung. Allerdings scheint mir die Vorgehensweise ein unnötiger Umweg zu sein. Denn das strafrechtliche Verbot enthält bereits einen Eingriff zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit, der durch die Androhung des Straftadels mit einem potenziellen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ohnehin verbunden ist. Hinzu kommt der Eingriff in die Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 GG durch die angedrohte Geld- oder Freiheitsstrafe. All dies löst also ohnehin schon eine Prüfung der Rechtfertigung der jeweiligen Grundrechtseingriffe aus, wozu auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Norm samt Strafandrohung zählt. Auch wenn dies sehr umstritten ist: Dem besonderen Eingriffscharakter des strafrechtlichen Verbots kann man

<sup>13</sup> *Kaspar* (Anm. 5), S. 224 f.; vgl. dazu auch *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 194.

<sup>14</sup> *Gärditz*, *Der Staat* 2010, 331 (dazu kritisch *Zaczyk*, *Der Staat* 2011, 295); *ders.*, *JZ* 2016, 641; *ders.*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015 (Rezension: *Kaspar*, *RW* 2016, 293).

<sup>15</sup> Zu Recht wird oft auf den merkwürdigen gegenteiligen Befund hingewiesen, dass nämlich ausgerechnet im materiellen Strafrecht weniger strenge Grenzen gezogen werden als in anderen, an sich weniger eingriffsintensiven Rechtsbereichen, vgl. nur *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 208 m. w. N.

<sup>16</sup> S. nur *Jahn* (in dieser Ausgabe); *ders.*, in: *Tiedemann u. a.* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, S. 63; s. auch *Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969.

nach meinem Verständnis bereits im Rahmen dieser Prüfung hinreichend Rechnung tragen. Anders formuliert: Freiheit vor übermäßiger Strafe wird an sich ohnehin schon von den Grundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz garantiert – der Erfindung eines „neuen“ Grundrechts bedarf es dafür m. E. nicht.

## II. Redundante Tatbestände als (auch) verfassungsrechtliches Problem

### 1. Eingrenzung des Themas

Ich will nun im Folgenden der Frage nachgehen, welche Tatbestände entbehrlich sind, also „nicht notwendig“ oder „überflüssig“, und zwar in einer Art und Weise, die auch das Verfassungsrecht auf den Plan ruft. Natürlich ist es denkbar, dass schon die beschriebene Verhaltensweise so offensichtlich harmlos bzw. unschädlich ist, dass man spätestens die Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit i. e. S. in Zweifel ziehen muss<sup>17</sup>. Darum geht es mir aber hier nicht. Ich möchte mich auf das Phänomen konzentrieren, das ich als „redundante Tatbestände“ bezeichnen möchte.

Von einer Redundanz spricht man bekanntlich, wenn etwas „überreichlich“ in an sich unnötiger Weise vorhanden ist, so dass der Schluss auf Entbehrlichkeit nahe liegt. Es geht mir dabei um *Tatbestände, die ein Verhalten mit einer höheren Strafe pönalisieren, obwohl dieses Verhalten bereits vollständig und in ausreichender Weise in anderen Normen bei Strafandrohung verboten wird* – etwas reißerisch gesprochen also um etwas, was man als strafrechtlichen „Overkill“ bezeichnen könnte<sup>18</sup>.

Damit scheiden Vorfeldtatbestände wie die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat gem. § 89a StGB als redundante Tatbestände im Sinne meiner Definition aus. An diesen Tatbeständen wird viel (und auch berechtigte) Kritik geübt<sup>19</sup>, darunter auch ein Aspekt, der zumindest Ähnlichkeiten mit dem Redundanz-Vorwurf aufweist: Verhindert werden solle doch eigentlich die spätere (unmittelbare) Verletzungshandlung, die als solche schon unter Strafe stehe. Wenn diese Strafdrohung nicht wirke, könne man auch von einer zeitlich

<sup>17</sup> S. zum Aspekt der Strafbarkeit „harmloser“ Verhaltensweisen *Meier* (in dieser Ausgabe).

<sup>18</sup> Andere Verwendung dieses Begriffs bei *Schünemann*, ZIS 2014, 1, 2, der damit die Androhungsgeneralprävention bezweckende Strafe charakterisiert.

<sup>19</sup> Vgl. nur die Beiträge in *Hefendehl* (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung im Strafrecht?*, 2010 sowie *Heinrich*, ZStW 121 (2009), S. 94 ff.; *Puschke*, StV 2015, 457 ff.; *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 186.

früher ansetzenden Strafdrohung keinen positiven Effekt erwarten, so dass diese entbehrlich sei. Darüber lässt sich diskutieren, es trifft aber eben nicht das hier beschriebene Redundanz-Problem, da im Vorfeldtatbestand ein anderes Verhalten als Straftat definiert wird. Es geht also nicht um ein bestimmtes Verhalten, das als solches schon anderweitig mit (wenn auch milderer) Strafe bedroht ist.

Als mögliches Beispiel dafür käme der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB in Betracht, dessen Tathandlungen soweit ersichtlich vollständig durch andere Normen, insbesondere durch den Nötigungstatbestand (§ 240 StGB) bzw. den Körperverletzungstatbestand (§ 223 StGB) erfasst werden<sup>20</sup>. Allerdings besteht hier insofern kein verfassungsrechtliches Problem, weil die Norm des § 113 StGB einige privilegierende Elemente enthält und im Übrigen mittlerweile den gleichen Strafraumen wie § 240 StGB aufweist. Hier steht also mangels höherer Strafdrohung im Vergleich zu den genannten Referenz-Tatbeständen kein eigens zu begründender gravierenderer Freiheitseingriff in Rede – was nicht heißt, dass man nicht über eine Streichung dieser Norm nachdenken könnte<sup>21</sup>.

## 2. Der räuberische Angriff auf Kraftfahrer gem. § 316a StGB als redundante Norm?

Anders ist dies bei der Norm, die ich exemplarisch als Fall einer problematischen Redundanz heranziehen will, und die mir auch spontan auf *Elisa Hovens* Ausgangsfrage nach einem „entbehrlichen Tatbestand“ eingefallen ist. Es geht um § 316a StGB, den räuberischen Angriff auf Kraftfahrer. Die Norm pönalisiert bekanntlich mit deutlich (um nicht zu sagen: drakonisch) erhöhtem Mindeststrafrahmen<sup>22</sup> – vereinfacht ausgedrückt – Handlungen zur Begehung eines Raubes oder einer räuberischen Erpressung, wenn diese unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs vollzogen werden. § 316a StGB greift also in Konstellationen, in denen (neben anderen denkbaren Straftaten, etwa aus dem Bereich der versuchten Körperverletzung gem. § 223 StGB<sup>23</sup> sowie der §§ 240, 241, 315 ff. StGB<sup>24</sup>) regelmäßig<sup>25</sup> auch zumindest der Versuch der §§ 249 ff. StGB erfüllt sein wird.

<sup>20</sup> S. zur Neuregelung die umfassende Analyse von *Ehresmann*, Straftaten gegen Polizeibeamte, 2015.

<sup>21</sup> S. dazu *Hoffmann-Holland/Koranyi*, ZStW 128 (2016), S. 913.

<sup>22</sup> Zur Kritik hieran s. nur *Fischer*, Jura 2000, 433 f. m. w. N.

<sup>23</sup> *Ingelfinger*, JR 2000, 225, 228.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Jesse*, JZ 2008, 1083, 1086 sowie 1091 f.

<sup>25</sup> Dabei wird nicht verkannt, dass die Norm auch schon im Vorfeld des Versuchsstadiums der §§ 249 ff. StGB eingreifen kann, so dass keine völlige Deckungsgleichheit der Tathandlungen

### a) Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Warum ist Redundanz in diesem Sinne ein Problem? Meine These ist, dass es in dieser Fallgruppe nicht nur darum geht, im Sinne von Ockhams Rasiermesser Ordnung zu schaffen und für mehr Klarheit und Übersichtlichkeit im Strafgesetzbuch zu sorgen. Auch geht es m. E. nicht nur um eine Frage der kriminalpolitischen Opportunität. Die Frage hat vielmehr verfassungsrechtlichen Gehalt, wenn man den Grundsatz der Erforderlichkeit als Teil der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Blick nimmt. Dieser besagt, dass, bei gleich geeigneten Mitteln, das mildeste zu wählen ist<sup>26</sup>. Man müsste sich dann also im hier vorliegenden Zusammenhang die Frage stellen, ob das in Referenztatbeständen enthaltene Verbot (hier insbesondere die §§ 249, 250, 252, 255 StGB) als ein solches milderer Mittel in Betracht kommt.

Die Erforderlichkeit als Teilaspekt der Verhältnismäßigkeit hat bislang bei der Begrenzung des Strafrechts keine besondere Rolle gespielt. Das lag nicht nur an der Anerkennung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative<sup>27</sup>, die ich bereits erwähnt habe, sondern auch an einem strukturellen Problem, das auf dieser Prüfungsstufe regelmäßig auftrat. Es ergab sich daraus, dass es hier üblicherweise um den Vergleich von Strafrecht mit außerstrafrechtlichen Mitteln geht – also etwa um die Frage, ob eine rein zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Regelung ausreichend sein könnte. Teilweise wird in diesem Zusammenhang schon bestritten, dass das Strafrecht wirklich immer das schärfere Mittel ist<sup>28</sup>. Noch folgenreicher ist die Annahme, dass die Strafe ihren „schuldausgleichenden Zweck“ quasi exklusiv für sich habe, womit sich die Suche nach gleich geeigneten außerstrafrechtlichen Mitteln von vornherein erübrigt<sup>29</sup> (nebenbei bemerkt ein Beispiel dafür, dass gerade die Anerkennung von „Schuldausgleich“ als legitimer Strafzweck die verfassungsrechtliche Kontrolldichte entscheidend schwächt)<sup>30</sup>.

Beide Punkte sind hier aber nicht einschlägig, können die Prüfung der Erforderlichkeit daher auch nicht blockieren: Wir sprechen nicht von außerstrafrechtlichen Alternativen, sondern von anderen Strafnormen als potenziell milde-

---

besteht. Praktisch relevant dürften diese Fälle allerdings kaum werden (vgl. dazu *Joecks*, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 316a Rdn. 18), so dass dieser Umstand im Folgenden vernachlässigt wird.

<sup>26</sup> S. dazu näher *Kaspar* (Anm. 5), S. 155 ff.

<sup>27</sup> Darauf verweist *Jesse*, JZ 2008, 1083, 1085, der daher im Rahmen seiner auch verfassungsrechtlichen Analyse der Norm auf die Prüfung der Erforderlichkeit verzichtet.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 52.

<sup>29</sup> In diese Richtung etwa (mit Hinweis auf den Charakter der Strafe als sozialetische Missbilligung) *Seher*, in: *Hirsch u.a.* (Hrsg), *Mediating Principles*, 2006, S. 81.

<sup>30</sup> S. dazu umfassend *Kaspar* (Anm. 5).

ren Mitteln<sup>31</sup>. Zugleich ist die Identifikation von milderem und eingriffsintensiverem Mittel in diesem Fall nicht zweifelhaft, sondern völlig klar: Die Strafnorm, die weniger Strafe vorsieht, ist ein milderes Mittel im Vergleich zur Norm mit höherer Strafdrohung.

## **b) Andere Strafvorschriften als „milderes Mittel“ zur Zweckerreichung**

Entscheidend ist damit die Frage, ob die mildere Strafnorm ein „gleich geeignetes Mittel“ darstellt. Das provoziert unweigerlich die Folgefrage: „gleich geeignet – wozu?“. Auch an dieser Stelle zwingt die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer Standortbestimmung über den mit Strafrecht und Strafe verfolgten Zweck. Damit befinden wir uns im Jahrtausende alten Streit um die vorzugswürdige Straftheorie, den wir auch hier in Köln nicht abschließend und befriedigend werden lösen können.

### **aa) Schuldausgleich und Vergeltung**

Aber: Man kann immerhin auch in diesem Zusammenhang zeigen, dass sich der absolute Strafzweck der Vergeltung bzw. des Schuldausgleichs von vornherein nur schwer in das Schema der Verhältnismäßigkeitsprüfung einfügen lässt. Denn dieses weist mit der „Geeignetheit“ ein Kriterium auf, das jedenfalls nach meinem Verständnis sehr stark auf einen notwendigen empirischen Gehalt des verfolgten Zwecks hindeutet. Konkreter gesprochen: Natürlich kann man behaupten, dass die durch das in § 316a StGB umschriebene Verhalten verwirklichte „Schuld“ so schwer wiegt, dass hierfür jedenfalls im Regelfall eine Mindeststrafe von 5 Jahren zwingend erforderlich ist. Aber das hat eben nicht mehr als bloßen Behauptungscharakter<sup>32</sup>. Deutlich näher liegt die Annahme, dass auch die §§ 249 ff. StGB mit ihren weit nach oben reichenden Strafraumen in jedem einzelnen Fall eine schuldangemessene Strafe ermöglichen, so dass man auch mit dem milderen Regelungsregime dem (m. E. ohnehin problematischen) Strafzweck des „Schuldausgleichs“ vollauf Rechnung tragen kann.

---

31 S. dazu bereits *Kaspar* (Anm. 5), S. 426 f.

32 Zu Recht kritisch *Sowada*, Festschrift für Otto, 2007, S. 799, 812.

## bb) Generalprävention

Ohnehin liegt es näher, hier, auf der Ebene der Strafandrohung, die generalpräventive Eignung<sup>33</sup> zu diskutieren<sup>34</sup>. Der Lackmustest für die Erforderlichkeit der schärferen Strafnorm müsste dann folgende Frage sein: Was würde passieren, wenn wir sie einfach streichen? Hätte das negative Auswirkungen für den präventiven strafrechtlichen Rechtsgüterschutz? Oder im Duktus der *conditio-sine-qua-non*-Formel formuliert: Handelt es sich um eine Norm, die wir nicht hinwegdenken können, ohne dass ein damit verbundener positiver Nutzen für den präventiven Rechtsgüterschutz entfielen?

### (1) Negative Generalprävention

Betrachtet man dabei zunächst die negativ generalpräventive Komponente, ist in dieser Hinsicht keinerlei präventiver Überschuss durch die Existenz von § 316a StGB zu erwarten. Einerseits wird der potenzielle Täter im Zweifel keine Kenntnis von der Sondernorm des § 316a StGB mit ihrem erhöhten Strafraumen haben (selbst Jura-Studierende übersehen diese ja vergleichsweise häufig<sup>35</sup>). Und ganz unabhängig davon ist es nach den Erkenntnissen der empirischen Generalpräventionsforschung völlig unplausibel, dass auch nur ein einziger potenzieller Täter die in den §§ 249 ff. StGB angedrohte, alles andere als harmlose, Strafe in Kauf nimmt, diejenige von § 316a StGB aber nicht und nur deshalb von der Tat Abstand nimmt. Die besondere Härte der angedrohten Strafe hat nach den vorliegenden Studien gerade keinen spezifischen Abschreckungseffekt; hier werden nach allem, was wir wissen eher andere Faktoren wie die angenommene Ent-

---

**33** Die Fragestellung wird von *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 205, im Rahmen ihrer Erörterung der „Erforderlichkeit“ auf den Punkt gebracht: „Könnte nicht auch mit einer geringeren Strafandrohung der gleiche generalpräventive Effekt erzielt werden?“ Anschließend erfolgt dann ein m. E. etwas zu pauschaler Hinweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – denn dieser unternimmt in der Regel noch nicht einmal den Versuch, eine solche generalpräventive Beurteilung existierender Strafnormen bzw. Strafraumen (unter Einbezug der im Text angedeuteten empirischen Erkenntnisse der Sanktionsforschung) vorzunehmen.

**34** Auf die Spezialprävention, die sich naturgemäß erst durch die konkret verhängte Strafe realisiert, wird hier nicht weiter eingegangen. Ohnehin läge es völlig fern, zu behaupten, dass ein Mindestmaß von fünf Jahren nötig ist, um eine ausreichende bessernde oder resozialisierende Wirkung auf den jeweils bestraften Täter zu erzielen. Im Gegenteil werden gerade bei langjährigen Haftstrafen eher die (in den Strafvollzugsgesetzen sogar ausdrücklich thematisierten) möglichen „schädlichen Auswirkungen“ des Freiheitsentzugs zu befürchten sein.

**35** *Fischer*, Jura 2000, 433.



deckungswahrscheinlichkeit oder die Anerkennung der moralischen Verbindlichkeit der Norm wirksam<sup>36</sup>.

## (2) Positive Generalprävention

Was bleibt ist die Frage, ob nicht die positiv generalpräventive Wirkung von Strafe einen zusätzlichen Nutzen des Sondertatbestands bewirken kann. Dafür müsste man darlegen, dass gerade die drastisch erhöhte Mindeststrafe von § 316a StGB nötig ist, um Normstabilisierung und Wiederherstellung des Rechtsfriedens zu bewirken. Das sind zugegebenermaßen empirisch schwer handhabbare Begriffe<sup>37</sup>. Aber ein klares Gegenindiz ist m. E. der Umstand, dass die Richter selbst bei der Strafzumessung im Bereich des § 316a StGB sehr oft auf die Annahme eines „minder schweren Falles“ ausweichen<sup>38</sup> – ein deutliches Zeichen dafür, dass die Mindeststrafe des Regelstrafrahmens gerade nicht als angemessen, sondern als übermäßig hoch angesehen wird. Zugleich würden empirische Umfragen (so jedenfalls meine Vermutung) ergeben, dass die Allgemeinheit der Tatbegehung eines Raubdelikts im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr (im Vergleich zu anderen denkbaren Tatkonstellationen) keine besondere Bedeutung bei der Strafzumessung zuschreiben würde. Das spräche dagegen, dass gerade dieser Umstand die Bevölkerung besonders erschüttert und im Regelfall ein „Strafbedürfnis“ von mindestens 5 Jahren zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens produziert<sup>39</sup>.

Vor diesem Hintergrund relativiert sich dann auch die Bedeutung der ursprünglichen Entscheidung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Strafrahmens: Diese wurde zu anderen Zeiten unter anderen politischen, gesellschaftlichen und kulturellen Umständen getroffen – und vor allem unter anderen straftheoretischen Annahmen, d. h. auch ohne ausreichendes Problembewusstsein im Hinblick auf eine (empirisch untermauerte oder zumindest plausibel gemachte) präventive Eignung. Sobald man sich an dieser Stelle auf eine empirische Perspektive einlässt, könnte man zur Stützung des hier entwickelten Ansatz-

---

36 S. zusammenfassend nur *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 27 ff. sowie *Spirgath*, Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts, 2014; s. bereits *Schöch*, Festschrift für Jescheck, 1985, S. 1081 ff.; *Dölling*, ZStW 102 (1990), S. 1.

37 Zum Problem der empirischen Überprüfbarkeit des Strafzwecks der positiven Generalprävention s. etwa *Meier* (Anm. 36), S. 29 f.; vgl. auch *Goeckenjahn* (Anm. 5), S. 203.

38 S. *Jesse*, JZ 2008, 1083, 1088 f. („richterliche Gesetzeskorrektur“).

39 Zur – alles andere als geklärten – straftheoretischen Relevanz empirisch ermittelter Einstellungen und Sanktionsbedürfnisse der Bevölkerung s. nur *Walter*, ZIS 2011, 636; s. auch *Kaspar*, Gedächtnisschrift für Walter, 2014, S. 83, 90 ff.

zes die vom Bundesverfassungsgericht auch im Bereich des Strafrechts immer wieder erwähnte (aber wiederum nur sehr zurückhaltend kontrollierte) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers<sup>40</sup> anführen. Dieser muss in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob die Annahmen zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes noch überzeugend sind oder möglicherweise aufgrund neuer Erkenntnisse als überholt gelten müssen. Warum sollte das nicht auch zwingend die regelmäßige Suche nach „entbehrlichen Straftatbeständen“ umfassen<sup>41</sup>?

§ 316a StGB ist m. E. ein Kandidat hierfür: Es handelt sich um eine redundante Norm, die keinen generalpräventiven Mehrwert verspricht. Sie könnte ersatzlos gestrichen werden, ohne dass dadurch ein Anstieg von Taten (und damit die Verletzung grundrechtlich geschützter Güter Dritter) oder auch nur ein verbleibendes Strafbedürfnis der Bevölkerung zu befürchten wären. *Fischer* ist daher zuzustimmen, wenn er in seinem Kommentar schreibt, die Norm sei „in jeder Hinsicht entbehrlich“<sup>42</sup>. Nach hier vertretener Auffassung führt der Befund fehlender Erforderlichkeit sogar dazu, dass die Norm verfassungsrechtlich bedenklich ist<sup>43</sup>. Sie sollte abgeschafft werden<sup>44</sup>, und zwar ganz unabhängig von ihrer durchaus problematischen Entstehungsgeschichte<sup>45</sup> und den mit ihr verbundenen notorischen Auslegungstreitigkeiten<sup>46</sup>.

### c) Keine unmittelbare Relevanz der Rechtsguts-Divergenz

Um einen naheliegenden Einwand vorwegzunehmen: Am Befund fehlender Erforderlichkeit aufgrund von Redundanz ändert sich m. E. nichts, wenn man in

<sup>40</sup> St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 25, 1.

<sup>41</sup> Zum Problem der Zementierung des „status quo“ im Strafrecht und seinen straftheoretischen Gründen s. *Kaspar*, in: *Koch/Rossi* (Hrsg.), *Gerechtigkeitsfragen in Gesellschaft und Wirtschaft*, 2013, S. 103ff.

<sup>42</sup> *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 316a Rdn. 2.

<sup>43</sup> A. A. *Jesse* JZ 2008, 1083, 1091 sowie *Fischer* (Anm. 42), § 316a Rdn. 2. Zur Verfassungsmäßigkeit der angedrohten Mindeststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe (bejahend) BGHSt. 24, 173.

<sup>44</sup> So im Ergebnis mit unterschiedlichen Begründungen auch *Freund*, ZStW 109 (1997), S. 455, 482; *Hörmle*, Jura 1998, 169, 175; *Fischer*, Jura 2000, 433, 441; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 164; *Herzog*, JR 2004, 258 ff.; *Jesse*, JZ 2008, 1083, 1091; s. auch *Sowada*, Festschrift für Otto, S. 799, 800.

<sup>45</sup> Zur Vorgängernorm des 1938 auf persönlichen Wunsch Adolf Hitlers eingeführten Autofallengesetzes s. nur *Große*, NSTZ 1993, 525; *Fischer*, Jura 2000, 433, 434; s. auch *Steinberg*, NZV 2007, 545 ff., der wie andere Autoren zu Recht darauf hinweist, dass diese Vorgeschichte kaum gegen die Norm in ihrer heutigen, deutlich modifizierten Fassung in Stellung gebracht werden kann. Vgl. dazu auch *Wolters*, GA 2002, 303, 307.

<sup>46</sup> S. dazu nur *Fischer*, Jura 2000, 433 m. w. N.

Rechnung stellt, dass § 316a StGB möglicherweise aufgrund seiner systematischen Stellung ein zusätzliches Schutzgut aufweist, namentlich die Sicherheit des Straßenverkehrs<sup>47</sup>. Denn das ist ein kollektiver Aspekt, der sich ohnehin erst aus dem individuellen Angriff auf Vermögen und Willensentschließungsfreiheit (und den damit verbundenen zusätzlichen Gefahren für den Straßenverkehr) ergibt. Geht man aber davon aus, dass die Strafdrohung der §§ 249 ff. (sowie ergänzend diejenige der §§ 315 ff. StGB) prinzipiell auch bei Vorgängen im Straßenverkehr die gleiche Präventionswirkung hat, kann man auch so einen „Mehrwert“ von § 316a StGB nicht begründen. Entscheidend für die hier thematisierte Redundanz ist also, abstrakter formuliert, nicht die Deckungsgleichheit der geschützten Rechtsgüter, sondern die (zumindest teilweise) Deckungsgleichheit der diese Rechtsgüter gefährdenden verbotenen Verhaltensweisen.

Interessanterweise haben aber nun einige Autoren genau diesen Aspekt der Rechtsgut-Divergenz in der Diskussion um die Abschaffung von § 103 StGB eingewandt: Die Norm schütze nicht nur die Ehre des beleidigten Staatsoberhauptes, sondern auch kollektive Aspekte wie die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder gar die Ehre des ausländischen Staates<sup>48</sup>. Daher dürfe man nicht einfach auf den ausreichenden Schutz durch die §§ 185 ff. StGB verweisen<sup>49</sup>. Dabei wird aber offenbar die Prämisse zugrunde gelegt, dass ein zusätzliches spezifisches Schutzgut automatisch die Legitimation einer schärferen Strafnorm bewirken könne<sup>50</sup>.

Genau dies ist aber eben fraglich, wenn man nüchtern und ergebnisoffen an die Prüfung der Erforderlichkeit der Norm herangeht und sich die Frage nach dem präventiven Mehrwert der höheren Strafdrohung stellt. Und auch hier fällt das Ergebnis m.E. negativ aus: Wird durch die Strafdrohung des § 185 StGB eine

---

47 Zur umstrittenen Frage des Schutzguts s. nur BGHSt. 5, 280 f.; *Fischer* (Anm. 42), § 316a Rdn. 2; *Duttge/Nolden*, JuS 2005, 193, 195; *Steinberg*, NZV 2007, 545, 551.

48 Zur Rechtsgutsfrage s. ausführlich *Heinze*, GA 2016, 767, 768 ff.

49 Vgl. *Heinze*, GA 2016, 767, 780, nach dem die „strafrechtliche Wertedebatte“ nicht vorschnell der „Diskussion über verfassungsrechtlich verankerte Freiheiten“ geopfert werden dürfe. Der Begriff der „Wertedebatte“ erscheint allerdings recht blass und für sich genommen nicht geeignet, einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Dafür müsste man den dadurch erzielten gesellschaftlichen Nutzen, z. B. im Sinne eines präventiven Mehrwerts, klarer formulieren. *Vormbaum*, JoJZG 2016, 47, 51 f., sieht diesen Mehrwert in der von ihm angenommenen Sperrwirkung gegenüber §§ 185 ff. StGB gerade auch bei Nicht-Erteilung der Ermächtigung gem. § 104a StGB. Dieser mögliche Vorteil wird allerdings im Fall der Erteilung der Ermächtigung durch die mit höherer Strafe bedrohte Norm erkaufte. Möglicherweise ließe sich dieses Ergebnis auch durch das mildere Mittel einer auf die §§ 185 ff. StGB zugeschnittenen Sondernorm für Äußerungen im politischen Bereich erzielen – des Umwegs über § 103 StGB bedürfte es dafür nicht.

50 Vgl. auch *Fischer* (Anm. 42), § 316a Rdn. 2.

Beleidigung des ausländischen Staatsoberhauptes per Generalprävention verhindert, umfasst dieser Präventionseffekt automatisch auch eine Verletzung der erwähnten kollektiven Schutzgüter von § 103 StGB. Umgekehrt ist nicht zu sehen, dass sich ein potenzieller Beleidiger nicht von § 185 StGB, sondern erst von der Sondernorm des § 103 StGB von der Tatbegehung abschrecken lässt. Schließlich spricht der Verlauf der aktuellen Debatte dagegen, dass die Beleidigung ausländischer Staatsoberhäupter als klar unrechts- und schulderhöhender Umstand gesehen wird, der aus der Perspektive der positiven Generalprävention ein erhöhtes Straßbedürfnis nach sich zieht, dem man mit einem erhöhten Straßrahmen Rechnung tragen müsste. Auch hier stehen also Redundanz und mangelnde Erforderlichkeit im Raum. Ob diese Überlegungen dann nicht konsequenterweise auch für § 90 StGB, also die Verunglimpfung des Bundespräsidenten im Verhältnis zu den §§ 185 ff. gelten müssten<sup>51</sup>, sei vorläufig nur als Frage formuliert. Möglicherweise wird die sprichwörtliche „Majestätsbeleidigung“ beim eigenen nationalen Staatsoberhaupt dann doch etwas ernster genommen?

### III. Reichweite und Grenzen des Redundanz-Kriteriums

Zum Schluss noch ein Wort zur Reichweite und den Grenzen dieses Ansatzes. Der Test der gedanklichen Eliminierung einer Straßnorm, um ihren präventiven (Mehr-)Wert zu überprüfen, hat natürlich, das sei nicht verschwiegen, Grenzen und Schwächen.

Er setzt zunächst voraus, dass eine Straßnorm zumindest auch über ihre präventive Eignung gerechtfertigt werden muss; wer allein auf Schuldausgleich setzt, kann die Hürde der Erforderlichkeit, wie gesehen, mit recht leichter Hand als gewahrt betrachten. Das spricht m.E. aber eben nicht gegen einen allseits anerkannten Verfassungsgrundsatz, sondern gegen den problematischen Straßzweck, der diesen unterläuft.

Auch innerhalb einer präventiven Legitimationsstruktur ist offensichtlich, dass man trotz der vorhandenen empirischen Erkenntnisse nicht ohne gewisse Annahmen über präventive Wirkungsmechanismen auskommt. Vor allem im Bereich der positiven Generalprävention ist eine „Messung“ oder auch nur Einschätzung des erhofften Effekts durch Strafe wie erwähnt schwierig, auch, weil wir es hier mit komplexen Wechselwirkungen von Recht und gesellschaftlicher

---

51 S. dazu Mitsch, KriPoz 2016, 103 sowie Vormbaum, JoJZG 2016, 47, 51 mit Fn. 32.

Realität zu tun haben. Immerhin ist eine Annäherung an diese Frage durch empirische Studien denkbar, mit denen man dem oft nur behaupteten „Strafbedürfnis“ der Bevölkerung etwas besser auf die Spur gehen könnte<sup>52</sup>.

Nicht übersehen darf man die potenzielle Sprengkraft, die die hier nur skizzierte Suche nach problematischen Redundanzen entfalten kann. Wenn man den Gedanken auf die Spitze treibt, vielleicht auch übertreibt, könnte sich die hier eingenommene Perspektive geradezu als Abrissbirne erweisen, mit der man große Schneisen ins StGB schlagen könnte. Denn dann würden zumindest *prima facie* auch sämtliche Qualifikationstatbestände auf dem Prüfstand stehen, deren Verhaltensnorm sich mit derjenigen des Grunddelikts der Natur der Sache nach überschneidet. Der Normappell des § 223 StGB lautet: „Du sollst keinen anderen körperlich misshandeln oder an der Gesundheit schädigen“. § 224 StGB baut darauf auf und erweitert den Appell lediglich: „Du sollst dabei insbesondere kein gefährliches Werkzeug verwenden“. Die Norm erhöht die angedrohte Strafe, was man als Versuch einer erhöhten generalpräventiven Wirkung interpretieren kann sowie als Ermöglichung einer (dann höheren) „schuldangemessenen“ Strafe.

Allerdings wäre es nun eben denkbar, dass auch ein (ggf. mit leicht erhöhter Strafrahenobergrenze versehener) § 223 StGB beide Zwecke in gleicher Weise erfüllen würde. Der Vorteil für den Betroffenen wäre dann, dass die Mindeststrafe nicht erhöht wäre, so dass diese Konzeption zwar undifferenzierter und weniger bestimmt, aber tendenziell milder wäre. Genau dies ist der Vorzug (aber eben auch zugleich das Problem) des Vorschlags, Mord und Totschlag in einem einzigen Paragraphen (ohne Ausdifferenzierung von Mordmerkmalen) zusammenzufassen<sup>53</sup> und die Entscheidung über „zeitige Freiheitsstrafe oder lebenslang“ dann dem Richter im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung zu überlassen.

Hier fällt es schwer, eine klare Grenze zu ziehen. Das Strafrecht braucht allein schon aus Gründen der Bestimmtheit und Rechtssicherheit ausdifferenzierte Tatbestände, um abgestuftes Unrecht auf der Ebene der Gesetzgebung zu erfassen und die Strafzumessung des Richters auf diese Weise in gewisse Bahnen zu lenken. Auch die Ausgliederung von Qualifikationstatbeständen ist damit prinzipiell eine legitime gesetzgeberische Konstruktionsentscheidung. Es bleibt aber dabei, dass die damit in der Regel verbundene Erhöhung von Mindeststrafrahmen (und natürlich erst recht absolute Strafdrohungen wie in § 211 StGB) aus freiheitsrechtlicher Perspektive ein Problem sind<sup>54</sup>. Denn sie enthalten die schwer abstrakt-generell und vorab zu treffende Festlegung, dass bei Vorliegen der jeweili-

---

52 Ein wichtiges Beispiel ist die Anerkennung von Wiedergutmachung als strafmildernder bzw. sogar ersetzender Umstand, vgl. *Sessar, Wiedergutmachung statt Strafen*, 1992.

53 S. *Deckers u. a.*, *NStZ* 2014, 9.

54 S. näher *Kaspar* (Anm. 5), S. 833 ff.

gen qualifizierenden Merkmale zur Erfüllung der Strafzwecke unabhängig von weiteren Umständen des Einzelfalls stets und ohne Ausnahme eine bestimmte Mindeststrafe zwingend erforderlich ist. Die Strafraumen-Untergrenze schneidet also mit anderen Worten auf gesetzlicher Ebene die Suche nach einem „milderen Mittel“ durch (noch) weniger Strafe ab.

Immerhin lässt sich anführen, dass bei klar unrechts- und schulderhöhenden Umständen das präventive Anliegen gravierender erscheint und daher eine erhöhte Strafandrohung legitimieren kann, zumal der Gesetzgeber bereits mit der Strafraumenwahl eine positiv-generalpräventive Botschaft über die Wichtigkeit der geschützten Güter sendet. Man wird dem Gesetzgeber auch hier einen recht weiten Spielraum zur Ausfüllung seiner Einschätzungsprärogative zugestehen müssen. Dabei kommt dann auch die von *Gärditz* betonte Bedeutung der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zur Geltung. Aber: Er muss seine Prärogative eben auch ausfüllen und seine Entscheidung für mehr Strafrecht in ausreichender Weise begründen. Die Grenze ist überschritten, wenn wie im Fall des § 316a StGB ein gravierender Sanktionssprung offensichtlich nicht mit einem besonderen Präventionsbedürfnis erklärt werden kann – letztlich bietet sich an dieser Stelle das auch von *Jahn* und *Brodowski* in etwas anderem Zusammenhang bemühte Evidenzkriterium an<sup>55</sup>.

## IV. Ausblick

Es wäre zu wünschen, dass auch dieser Aspekt Eingang in die verfassungsrechtliche Kontrolle von Strafgesetzen durch das Bundesverfassungsgericht finden würde. Und selbst wenn das nicht geschieht: Die Tatsache eines „judicial restraint“ bei der Kontrolle von Strafgesetzen durch das Bundesverfassungsgericht sollte uns als Wissenschaftler (und zwar unabhängig von unserer Provenienz aus „dem Strafrecht“ oder „dem öffentlichen Recht“) nicht daran hindern, über engere verfassungsrechtliche Grenzen nachzudenken, die vom Gesetzgeber bei der Herstellung, aber eben auch bei der Beibehaltung von Straftatbeständen zu beachten sind. Das Verfassungsrecht gibt dabei keineswegs die dogmatischen Strukturen des Strafrechts oder die Lösung von Einzelproblemen vor<sup>56</sup>. Sehr wohl lässt sich ihm aber die Botschaft entnehmen, dass im Zweifel stets zu weniger Strafrecht gegriffen werden muss. Dazu liefert dieses Symposium – ganz entgegen dem Zeitgeist – einen wertvollen Beitrag, der von der Politik aufgegriffen werden sollte.

---

<sup>55</sup> *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 978.

<sup>56</sup> Das wird betont von *Greco*, in: *Brunhöber u. a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2012, S. 13 ff.